

O Controle Concentrado e Abstrato de Constitucionalidade e o Princípio da Não Surpresa e do Contraditório Substancial e o da Motivação Específica.

Ana Paula de Barcellos

Professora Titular de Direito Constitucional da UERJ

Mestre e Doutora - UERJ

Pós-Doutora - Harvard

RESUMO: O objetivo deste pequeno estudo é sustentar a aplicabilidade, no âmbito dos processos de controle abstrato de constitucionalidade, do princípio da não surpresa e do contraditório substancial e o da motivação específica, de que tratou o Novo Código de Processo Civil. O artigo pretende também sugerir como esses princípios poderiam ser implementados de forma concreta na dinâmica atual dos processos de controle abstrato de constitucionalidade, sobretudo perante o Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT: This paper puts forward the idea that three norms provided by the 2015 Civil Procedure Code – the non-surprise principle, the parties’ right to confront every issue, factual or legal, to be decided and the specific on the records state of reasons principle – should also apply to the abstract judicial review proceedings. The paper proposes how these principles can be used in the actual dynamic of these proceedings before the Brazilian Supreme Court.

PALAVRAS-CHAVE: contraditório substancial, motivação específica, não surpresa, controle abstrato de constitucionalidade

KEY-WORDS: abstract judicial review, due process.

I. Introdução: o problema do contraditório e da motivação nos processos de controle concentrado de constitucionalidade.

Passados 30 anos da Constituição de 1988 e 20 anos da Lei 9.868/99, o crescimento da importância do controle concentrado de constitucionalidade no país pode ser descrito como exponencial. O Supremo Tribunal Federal, em particular, é cada vez mais provocado a manifestar-se em abstrato sobre a validade de normas, atos normativos e, via ADPF, atos do Poder Público de forma mais ampla e, de fato, cada vez mais se manifesta acerca da validade ou não de atos dos outros Poderes. A dinâmica dos processos de controle concentrado de constitucionalidade, porém, evoluiu muito pouco nesse período e merece uma reflexão mais atenta.

O novo Código de Processo Civil consagrou de forma particularmente detalhada dois princípios que, a rigor, já existiam e decorriam de disposições da própria Constituição de 1988, a saber: o chamado princípio da não surpresa e do contraditório substancial e o princípio da motivação específica. Como se sabe, os arts. 9º e 10º tratam do primeiro princípio e o art. 489 detalha o segundo. A transcrição dos dispositivos é útil:

“Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Parágrafo único. O disposto no *caput* não se aplica:

I - à tutela provisória de urgência;

II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III;

III - à decisão prevista no art. 701.

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.”

“Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.”

O princípio da não surpresa e do contraditório substancial impõe, nos termos dos arts. 9º e 10º transcritos, que, salvo hipóteses excepcionais especificadas no dispositivo, e que dizem respeito a espécies de decisões, e não ao conteúdo delas, o Juiz não poderá decidir com base em qualquer

fundamento – de fato ou de direito – acerca do qual as partes não tenham tido oportunidade de se manifestar. A ideia, portanto, é que as partes possam efetivamente influenciar, por meio de suas manifestações, na formação da decisão a ser tomada pelo magistrado.

O princípio da motivação específica, agora detalhada no art. 489 e seus parágrafos, complementa essa exigência: afinal, pouco adiantaria que as partes tivessem oportunidade de se manifestar se o juiz pudesse ignorar inteiramente o que suscitado por elas, por exemplo. No esforço de dar um conteúdo mais objetivo ao dever geral de motivação das decisões judiciais, o que o art. 489 pretendeu foi positivar testes negativos, isto é: os dispositivos indicam circunstâncias, infelizmente comuns na experiência, que revelam o que *não é* uma decisão fundamentada.

Nada obstante tais previsões do NCPC, o que se entende tradicionalmente é que elas não se aplicariam propriamente aos processos de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade. A teoria é a seguinte: os processos de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade não envolvem partes ou pretensões subjetivas, mas o debate em abstrato da validade de normas, tendo por isso uma natureza objetiva. Isto é: as decisões no âmbito do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade não teriam um impacto direto e imediato na esfera subjetiva das pessoas, não havendo propriamente interesses em disputa ou uma lide a ser decidida, como os processos subjetivos em geral. E, portanto, se não há impacto direto sobre partes, não haveria necessidade de uma aplicação tão analítica dessas garantias.

Em resumo: os princípios do contraditório e da motivação – e particularmente sua versão reforçada, tal qual prevista no NCPC – aplicar-se-iam aos processos subjetivos e a suas partes, mas não, nesse formato, aos processos de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade. Neles, o contraditório seria levado a cabo pelas instituições encarregadas de se manifestar nos termos da própria Constituição.

A Constituição prevê, por exemplo, que a Advocacia Geral da União deve se manifestar para defesa da lei ou ato normativo impugnado (CF, art. 103, § 3º). Em algumas circunstâncias, porém, sobretudo quando já haja jurisprudência da Corte na matéria, o STF permite que a AGU se

manifeste de forma livre, e não na defesa da lei¹. A questão é sensível, já que, na lógica constitucional, o papel da Advocacia Geral da União visa a, justamente, garantir um mínimo de contraditório e de visões diversas no debate². O Procurador Geral da República deverá igualmente ser ouvido, manifestando-se como *custos legis* no sentido da validade ou invalidade da norma de acordo com sua convicção (CF, art. 103, § 1º). É possível, como se vê, que no âmbito de uma ação direta de inconstitucionalidade todas as instituições originariamente participantes – o requerente, o AGU e a PGR – sustentem a inconstitucionalidade da norma impugnada, sem qualquer contraponto, inclusive para demonstrar, por exemplo, que a hipótese não é a mesma já decidida por eventual jurisprudência anterior do STF.

Além da AGU e do PGR, a Lei nº 9.868/98, art. 6º, prevê que o Relator pedirá informações às autoridades responsáveis pelo ato impugnado. E, paralelamente à participação de tais autoridades, a Lei nº 9.868/98, art. 7º, § 2º prevê que o Relator poderá admitir a intervenção de outros órgãos ou entidades representativos – os *amici curiae* – diante da relevância da questão. O Relator poderá também convocar audiência pública (Lei nº 9.868/98, art. 9º, § 1º) para ouvir pessoas com experiência e autoridade na matéria. Não se reconhece a qualquer dessas instituições ou pessoas, entretanto, um direito a se manifestar, no exercício do contraditório, acerca do que tenha sido apresentado por qualquer das outras, por exemplo; nem se reconhece a elas o direito de serem ouvidas previamente sobre eventuais fundamentos que a Corte pretenda apreciar, e que não tenham sido por elas suscitados.

Esses terceiros, a rigor, são admitidos por um juízo insindicação do Relator: a admissão como *amicus curiae* decorre, como se sabe, de uma decisão discricionária da qual não cabe recurso (Lei nº 9.868/98, art. 7º, § 1º)³, e essa também é a lógica aplicada à admissão para participar de audiên-

1 STF, ADI 3916 QO/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Eros Grau, j. 03 fev. 2010, DJ 14.05.2010; STF, ADI 1.616/PE, Tribunal Pleno, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 24 mai. 2001, DJ 24.08.2001.

2 Nesse sentido ressaltou o Min. Cezar Peluso no julgamento STF, ADI 3916 QO/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Eros Grau, j. 03 fev. 2010, DJ 14.05.2010, p.79: “Essa função não é bem de curadoria, é função que atende ao caráter objetivo da ação direta de inconstitucionalidade, à qual, portanto, falta, por princípio, uma parte oposta interessada, capaz de exercer o contraditório. Em outras palavras, essa previsão atribui uma função específica, distinta daquela em que a Advocacia, definida como órgão que tutela em juízo os interesses da União, atende à necessidade de instrução do processo objetivo da ação direta de inconstitucionalidade, para concretizar contraposição de argumentos que permita à Corte examinar com mais profundidade a arguição”.

3 STF, RE 808202 AgR/RS, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 30.06.2017: “EMENTA Agravo regimental no recurso extraordinário. Processual. Decisão de indeferimento de ingresso de terceiro como amigo da Corte. *Amicus curiae*. Requisi-

cias públicas. Além disso, como se sabe, o STF como regra só admite o ingresso de *amicus curiae* antes de iniciado o julgamento: mesmo que ele se prolongue por muitos meses por conta de pedidos de vista e que questões novas sejam suscitadas pelos Ministros ao longo do caminho⁴.

Sobre a motivação, e como é corrente, o STF entende que no âmbito de processos de controle de constitucionalidade a causa de pedir é aberta. Isto é: o Tribunal, embora limitado pelo pedido formulado, não está vinculado aos fundamentos apresentados pelo autor da ação, de modo que a norma impugnada pode ser declarada inconstitucional por razões diversas das suscitadas pelo requerente na petição inicial⁵. É perfeitamente possível, portanto, e não chega a ser incomum, que os fundamentos de determinada decisão tomada pela Corte não tenham sido alvo de qualquer manifestação específica das instituições participantes do processo ou dos *amici curiae* eventualmente admitidos no feito.

tos. Representatividade adequada. Poderes do ministro relator. Ausência de fundamentação. Não ocorrência. Agravo não provido. 1. A atividade do *amicus curiae* possui natureza meramente colaborativa, pelo que inexistia direito subjetivo de terceiro de atuar como amigo da Corte. O relator, no exercício de seus poderes, pode admitir o amigo da corte ou não, observando os critérios legais e jurisprudenciais e, ainda, a conveniência da intervenção para a instrução do feito. 2. O requisito da representatividade adequada exige do requerente, além da capacidade de representação de um conjunto de pessoas, a existência de uma preocupação institucional e a capacidade de efetivamente contribuir para o debate. 3. Havendo concorrência de pedidos de ingresso oriundos de instituições com deveres, interesses e poderes de representação total ou parcialmente coincidentes, por razões de racionalidade e economia processual, defere-se o ingresso do postulante dotado de representatividade mais ampla. Precedentes. 4. Vícios de fundamentação inexistentes. 5. Agravo regimental não provido.”

4 STF, ADI 2.435 AgR, Rel. Min. CÂRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, DJe de 10.12.2015: “AGRAVO REGIMENTAL NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. REQUERIMENTO DE INGRESSO COMO *AMICUS CURIAE* EM DATA POSTERIOR À INCLUSÃO DO PROCESSO NA Pauta DE JULGAMENTO. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.”; e STF, ADI-AgR 4.071, Rel. Min. MENEZES DIREITO, DJe de 16.10.2009, Tribunal Pleno: “Agravo regimental. Ação direta de inconstitucionalidade manifestamente improcedente. Indeferimento da petição inicial pelo Relator. Art. 4º da Lei nº 9.868/99. 1. É manifestamente improcedente a ação direta de inconstitucionalidade que verse sobre norma (art. 56 da Lei nº 9.430/96) cuja constitucionalidade foi expressamente declarada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, mesmo que em recurso extraordinário. 2. Aplicação do art. 4º da Lei nº 9.868/99, segundo o qual “a petição inicial inepta, não fundamentada e a manifestamente improcedente serão liminarmente indeferidas pelo relator”. 3. A alteração da jurisprudência pressupõe a ocorrência de significativas modificações de ordem jurídica, social ou econômica, ou, quando muito, a superveniência de argumentos nitidamente mais relevantes do que aqueles antes prevaletentes, o que não se verifica no caso. 4. O *amicus curiae* somente pode demandar a sua intervenção até a data em que o Relator liberar o processo para pauta. 5. Agravo regimental a que se nega provimento.”

5 STF, ADI 5749 AgR, Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJe 26.02.2018: “Ementa: constitucional. Ação direta de inconstitucionalidade. Objeto abrangido por ação anterior intentada pela mesma parte. Causa de pedir aberta das ações de controle concentrado. Desnecessidade de nova impugnação ao mesmo ato normativo quando possível declinar os mesmos fundamentos em ação já em curso no Supremo Tribunal Federal. Litispêndia parcial. 1. A causa de pedir aberta das ações do controle concentrado de constitucionalidade torna desnecessário o ajuizamento de nova ação direta para a impugnação de norma cuja constitucionalidade já é discutida em ação direta em trâmite perante o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, proposta pela mesma parte processual. 2. Verificada a identidade entre as partes, o pedido e a causa de pedir, no tocante à declaração de inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei 12.850/2013, impõe-se a extinção sem resolução do mérito da segunda ação direta proposta. 3. Agravo Regimental conhecido e desprovido.”

Esse quadro não parece o ideal por ao menos duas razões, que se passa a expor. Em primeiro lugar, porque a natureza objetiva do processo de controle concentrado de constitucionalidade, ainda que verdadeira em alguma medida, não afasta a realidade dos interesses em disputa e dos impactos que as decisões nessa espécie de processo produzem sobre a sociedade em geral, e sobre grupos dentro dela em particular, dependendo do tema em debate. Em segundo lugar, porque as garantias do contraditório e da motivação no âmbito do processos de controle concentrado de constitucionalidade devem ser compreendidas à luz dos princípios republicano e democrático, que conduzem justamente o tema a soluções muito próximas daquelas adotadas pelo NCPC. Confira-se.

II. CONTRADITÓRIO E MOTIVAÇÃO PARA ALÉM DA NATUREZA OBJETIVA DOS PROCESSOS DE CONTROLE CONCENTRADO E ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE

Como já referido, os processos de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade são considerados processos objetivos, o que significa, de forma simples, que sua finalidade principal não é a tutela de interesses individuais ou subjetivos, mas sim a defesa da integridade da ordem jurídico-constitucional. Estão nessa categoria a ação direta de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade e, na prática, a arguição de descumprimento de preceito fundamental (embora ela também possa admitir uma modalidade não abstrata), todas dirigidas ao STF, e a representação por inconstitucionalidade no âmbito dos Tribunais de Justiça dos Estados. O artigo se ocupa mais concentradamente da atuação do STF, mas a lógica pode ser aplicada também aos Tribunais de Justiça.

Na realidade, há em curso no país, como se sabe, um processo de aproximação dos mecanismos de controle difuso e incidental relativamente àqueles típicos do controle concentrado e abstrato, e essa aproximação se dá sobretudo por meio do que se denomina “objetivação” do controle difuso e incidental, isto é, a atribuição de efeitos gerais e, em alguns casos, vinculantes às decisões proferidas em sede de controle difuso e incidental. Curiosamente, porém, no que diz respeito ao contraditório e à motivação, os pressupostos dos processos objetivos têm influenciado mais o controle difuso e incidental objetivado do que o inverso: a lógica tradicional dos pro-

cessos subjetivos tem sido pouco capaz de promover a rediscussão de alguns paradigmas do controle de constitucionalidade concentrado e abstrato.

E isso porque, apesar da afirmação teórica acerca da natureza objetiva desses processos, é impossível esconder os interesses subjetivos existentes na discussão e que serão afetados – direta ou indiretamente – pela decisão acerca da validade ou invalidade das normas: esses interesses permanecem todo tempo a espreita e tanto quanto possível vêm a tona, tentando fazer-se ouvidos pelos órgão encarregados de decidir a questão. Ao declarar válidas ou inválidas normas tributárias, por exemplo, o impacto sobre os contribuintes ou sobre o erário será imediato. Mas o fenômeno não é observado apenas em matéria tributária. Considerando os efeitos vinculantes de tais decisões, a rigor todas as autoridades administrativas e judiciais do país passaram a adotar o entendimento fixado pelo STF, afetando, por óbvio, a esfera jurídica das pessoas físicas e jurídicas.

O argumento de que sempre será necessária uma outra decisão – eventualmente judicial ou administrativa – para impor os efeitos da decisão do STF sobre a esfera subjetiva é, com todo o respeito, puramente retórico. As pessoas não poderão rediscutir perante essas autoridades o que o STF tenha decidido, de modo que sofrerão a incidência direta de uma decisão proferida no âmbito do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade da qual não participaram e cuja formação não tiveram qualquer possibilidade de influenciar.

A própria disciplina das ações de controle concentrado e abstrato, cada vez mais, revela essa realidade indisputável. Alguns exemplos ilustram o ponto. Na Constituição anterior, apenas o Procurador-Geral da República podia ajuizar ações dessa natureza. O constituinte de 1988 rompeu com essa tradição e ampliou significativamente o rol de legitimados, inclusive com a inclusão de atores representativos da sociedade civil, tais como as confederações sindicais, os partidos políticos e as entidades de classe de âmbito nacional, que interessam diretamente ao presente estudo. A medida fortalece em grande medida a base de legitimação democrática da jurisdição constitucional, que passa a operar como um mecanismo de defesa e mesmo de participação da sociedade na condução dos negócios públicos, em lugar de servir apenas como instrumento de governo⁶.

6 Sobre o tema, v. CITTADINO, Gisele, *Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação dos Poderes*. In: VIANNA, Luiz Werneck, *A democracia e os três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2002, p. 31; e SILVA, Anabelle Macedo, *Concretizando a Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 139.

Tendo em conta a lista contida no art. 103 da Constituição, a prática do STF distinguiu duas categorias de agentes legitimados à propositura das ações objetivas⁷: os *universais* e os *especiais*. Os primeiros poderão impugnar qualquer ato suscetível de controle por essa via, ainda que o tema nele versado não guarde qualquer relação com sua atividade institucional. A atuação dos legitimados especiais, por seu turno, é condicionada à demonstração de que o ato impugnado repercute diretamente sobre os interesses do proponente. Trata-se de verificar a correlação, no tocante à matéria em discussão, entre os objetivos sociais do requerente e o ato que ele pretende ver examinado em sede de controle abstrato do constitucionalidade. Esse requisito adicional de legitimidade é, em geral, identificado pela expressão *pertinência temática*.

São considerados legitimados universais o Presidente da República (inciso I); a Mesa do Senado Federal (inciso II); a Mesa da Câmara dos Deputados (inciso III); o Procurador-Geral da República (inciso V); o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (inciso VII); e o partido político com representação no Congresso Nacional⁸ (inciso VIII). Ao passo que os demais são classificados como especiais, devendo, portanto, demonstrar a presença de *pertinência temática* em cada caso⁹, para que sua legitimidade ativa seja reconhecida. Observa-se aqui, de forma bastante evidente, uma relativa superposição entre os domínios do processo objetivo e os da jurisdição ordinária, de natureza subjetiva, na qual o *interesse de agir* – figura a que se pode associar a noção de *pertinência temática* – é um elemento fundamental para que a ação seja conhecida e processada¹⁰.

7 STF, ADI 1.096 MC/RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, j. 16 mar. 1995, DJ 22 set. 1995.

8 A aferição da legitimidade para a ação deve ser feita no momento de sua propositura. Nesse sentido, o STF já destacou que a perda superveniente de representação do Partido em âmbito nacional não afeta a ação já proposta. V. STF, ADI 2.618-6 AgR-AgR/PR, Tribunal Pleno, Rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 12.08.2004, DJ 31.03.2006.

9 A *pertinência temática* da Mesa da Assembleia Legislativa significa que ela somente pode propor ADI quando houver ligação entre a norma impugnada e a competência do Estado ou da própria casa legislativa, o mesmo ocorre com os Governadores que ficam submissos à existência de *pertinência temática* entre o ato normativo impugnado e os interesses que lhe cabem tutelar. Quanto às entidades de classe, “A jurisprudência do STF é firme no sentido de se exigir, para a caracterização da legitimidade ativa das entidades de classe e das confederações sindicais para as ações de controle concentrado, a existência de correlação entre o objeto do pedido de declaração de inconstitucionalidade e os objetivos institucionais da associação”, conforme STF, ADI 4.722 AgR/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 02 dez. 2016, DJ 15.02.2017.

10 MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 145: “Cuida-se de inequívoca restrição ao direito de propositura, que, em se tratando de processo de natureza objetiva, dificilmente poderia ser formulada até mesmo pelo legislador ordinário. A *relação de pertinência* assemelha-se muito ao estabelecimento de uma condição de ação – análoga, talvez, ao interesse de agir –, que não decorre dos expressos termos da Constituição e parece ser estranha à natureza do processo do controle de normas”.

Um segundo exemplo diz respeito à possibilidade prevista pela Lei nº 9.868/98, art. 7º, § 2º, de que o Relator poderá admitir a intervenção de outros órgãos ou entidades representativos – os *amici curiae* – diante da relevância da questão. Como já mencionado, a Lei autoriza ainda, no art. 9º, a convocação de audiências públicas, a designação de peritos e a solicitação de informações a outros tribunais do país. Além dessas previsões específicas, o NCPC contém agora previsão geral no sentido da possibilidade de participação de *amicus curiae*¹¹ e ampliou as previsões que tratam da convocação de audiências públicas¹². Vale o registro de que mesmo antes dessas alterações legislativas o STF já vinha utilizando de forma mais ampla esses mecanismos de participação da sociedade.

Não há dúvida de que esses mecanismos veiculam uma oportunidade de os grupos de interesse da sociedade apresentarem suas visões e razões perante a Corte, considerando que, afinal – a despeito de se tratar de um processo objetivo no qual a questão jurídica é discutida em abstrato –, a decisão tomada afetará a sociedade em geral, e determinados grupos de forma mais específica.

Vale o registro, porém, de que, apesar desses mecanismos permitirem uma maior participação da sociedade, e dos setores afetados, no âmbito dos processos perante o STF, há uma crítica relevante a esse argumento, no sentido de que em muitos casos essa participação é puramente ritual ou simbólica. E isso porque os votos e decisões tomadas pelos Ministros, frequentemente, sequer citam, e menos ainda consideram ou examinam de fato os argumentos suscitados pelos *amici curiae* ou em audiências públicas¹³. Além disso, poucas instituições representam a maioria das habilitações em diferentes processos¹⁴.

Por fim, um terceiro exemplo envolve o tema da modulação dos efeitos das decisões proferidas em sede de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade no tempo. A Lei nº 9.868/99, art. 27, prevê

¹¹ Lei nº 13.105/2015, art. 138.

¹² Lei nº 13.105/2015, arts. 983 e 1.038.

¹³ V. COSTA, Beatriz Castilho. *A influência exercida pelo amicus curiae nos votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal nos acordãos das ações diretas de inconstitucionalidade decididas majoritariamente*. Dissertação apresentada à Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, como requisito para obtenção do título de Mestre em Poder Judiciário, 2012.

¹⁴ Para um levantamento desses dados, v. LEAL, Fernando. O mito da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Disponível em <https://www.jota.info/stf/supra/o-mito-da-sociedade-aberta-de-interpretes-da-constituicao-08032018> (acesso em 1.06.2018).

expressamente essa possibilidade diante de razões de “segurança jurídica e excepcional interesse social”, e por manifestação de 2/3 dos Ministros da Corte. Ora, a eventual necessidade de modulação dos efeitos das decisões proferidas pelo STF nesse contexto apenas ilustra que elas não se ocupam apenas da integridade, em tese, do sistema jurídico, mas podem afetar de forma muito concreta e relevante a esfera jurídica das pessoas.

Pois bem. Se é assim, e se os processos de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade repercutem sobre a liberdade e os bens das pessoas – e, em geral, sem a possibilidade de qualquer recurso contra uma decisão que terá, ademais, efeitos gerais e vinculantes –, não há porque não aplicar aqui as garantias de que tratam os incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição, que tratam do devido processo legal e do contraditório, bem como da exigência de motivação das decisões judiciais (art. 93, IX). Muito ao revés, considerando a dimensão do impacto dessas decisões, tais garantias deveriam ser especialmente consideradas e aplicadas.

É certo que não existe uma fórmula única de devido processo legal, e a dinâmica do contraditório pode assumir formas mais ou menos complexas. Nada obstante, uma exigência básica da garantia constitucional é a de que os diferentes interessados, com posições diversas e antagônicas acerca da questão, tenham oportunidade de se manifestar e assim influenciar efetivamente a formação da decisão a ser tomada¹⁵.

No contexto dos processos de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade isso deveria significar a oportunidade para que os participantes do processo – incluindo particularmente os *amici curiae* – tenham a possibilidade de se manifestar sobre novos fatos e razões apresentados à Corte. Também significa que o Relator, caso pretenda valer-se de fundamento novo, sobre o qual os participantes do processo não tiveram oportunidade de se manifestar, deverá franquear formalmente essa oportunidade, de modo a colher a visão deles sobre o ponto para então formar o seu juízo. Não há necessidade de restringir a figura da causa de pedir aberta, mas de associar a esse poder um dever: o dever de estar disposto a ouvir o que os participantes do processo tenham a dizer sobre esse novo fundamento.

15 Confira-se, por todos, CINTRA, Antônio Carlos de Araújo e outros, *Teoria geral do processo*, 1996, p. 57; e GRINOVER, Ada Pellegrini, *Princípios processuais e princípios de Direito Administrativo no quadro das garantias constitucionais*, *Revista Forense* 387:3, 2006, p. 5-6.

Naturalmente, sob a perspectiva da motivação, cabe ao julgador examinar – para acolher ou refutar – os fatos e razões apresentados pelos participantes no processo. A previsão hoje constante do inciso IV do § 1º do art. 489 do NCPC, - pela qual se considera não motivada decisão quando “não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador” – não representa, a rigor, qualquer inovação. Se não coubesse ao órgão julgador examinar as razões apresentadas pelos participantes do processo, qual seria o sentido do processo em si? E do contraditório? E da possibilidade de se manifestar conferida a tais pessoas? A necessidade de o juiz examinar os argumentos apresentados decorre logicamente da própria existência do processo, sob pena de, afinal, consagrar-se um grande fingimento incompatível não apenas com as normas constitucionais que tratam das garantias referidas, mas também que organizam o Estado de forma mais ampla: é sobre elas que se passa a tratar.

III. PRINCÍPIOS REPUBLICANO E DEMOCRÁTICO: CONTRADITÓRIO E MOTIVAÇÃO NOS PROCESSOS DE CONTROLE CONCENTRADO E ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE

O Estado brasileiro, como se sabe, é uma república democrática. Dentre muitos outros desdobramentos, essas duas opções fundamentais do Estado brasileiro significam, em primeiro lugar, que as pessoas são essencialmente iguais, sem privilégios de classe ou nascimento, de modo que não há um título para que alguém, por pertencer a determinada família ou a qualquer outro grupo, tenha o direito de governar sobre os demais.

Como consequência, o poder de decidir sobre o que quer que afete a coletividade como um todo só pode pertencer à própria coletividade, de modo que o poder soberano reside no conjunto dos indivíduos: e nesse ponto república e democracia se mesclam necessariamente. E, uma vez que a opinião de cada indivíduo sobre decisões políticas tem idêntico valor, o único critério de decisão admissível, em tese, é o majoritário. A soberania popular democrática é, portanto, um corolário da ideia de igualdade¹⁶. Repita-se: em um Estado republicano, no qual todos são iguais, ninguém tem o direito de exercer poder político por seus méritos pessoais, excepcional capacidade ou sabedoria.

¹⁶ Constituição de 1988, art. 1º, parágrafo único: “Parágrafo único. *Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.*”

Se é assim, e em segundo lugar, todo aquele que exerce poder político o faz na qualidade de agente delegado da coletividade e deve a ela satisfações por seus atos¹⁷. Esse raciocínio, bastante singelo do ponto de vista da teoria democrática, também se aplica ao Judiciário. O juiz exerce poder político ao desempenhar uma das atividades próprias do Estado: a jurisdição. É, portanto, um agente delegado da sociedade, a quem deve contas de sua atuação.

Ou seja: os princípios republicano e democrático significam que os agentes públicos agem em última análise por delegação do povo, e não por direito próprio ou gerindo interesse próprio. Não apenas os detentores de mandato popular, mas os agentes públicos em geral, que de alguma forma gerem bens ou interesses públicos ou tomam decisões imperativas, encontram-se nessa posição de agentes delegados e, portanto, têm o dever de prestar contas do exercício de seu ofício. Esse grupo inclui o Judiciário e, de forma mais específica, no sistema brasileiro, o Supremo Tribunal Federal, cujas decisões, sobretudo em processos de controle de constitucionalidade abstrato e concentrado, afetam a sociedade como um todo. A motivação, por evidente, é o veículo pelo qual a Corte presta contas à sociedade de suas decisões.

A decisão judicial, lembre-se, não é mero conselho: ela poderá ser imposta pela força ao jurisdicionado, se necessário, em uma manifestação típica do poder de império estatal. No caso de decisões de controle abstrato e concentrado de constitucionalidade, ela poderá ser imposta a um conjunto enorme de pessoas. Parece evidente que os cidadãos têm o direito de saber por que um seu agente delegado decidiu em determinado sentido e não em outro¹⁸.

17 BARROSO, Luís Roberto. “Promoção de magistrado por merecimento e recusa de promoção por antiguidade. Dever de voto aberto e motivado”. In: PELLEGRINA, Maria Aparecida e SILVA, Jane Granzoto Torres da (organizadoras). *Constitucionalismo social - Estudos em homenagem ao Ministro Marco Aurélio Mendes de Faria Mello*, 2003, pp. 194 e 195: “Assinale-se que em um Estado democrático de direito, todo poder é representativo, no sentido de que é exercido em nome do povo e deve visar à promoção do bem comum. O fato de os agentes públicos investidos de função judicial não serem escolhidos por meio de sufrágio popular não infirma a premissa estabelecida. Juízes não são eleitos por uma opção do constituinte, que reservou parcela do poder político para ser exercida com base em critérios técnicos, sem submissão aos mecanismos majoritários. Aliás, o Judiciário desempenha, muitas vezes, uma função contra-majoritária, invalidando atos dos outros Poderes e protegendo os direitos fundamentais contra o abuso das maiorias políticas. Mas o constituinte não dispensou os órgãos judiciais de um conjunto importante de controles próprios do regime democrático”. V. também PECZENIK, Aleksander. *On Law and Reason*, 1989, p. 41: “Thus, democracy demands a legal decision making which harmonizes respect for both the wording of the law and its preparatory materials and, on the other hand, moral rights and values, including freedom and equality. It also demands that the decisions are justified as clearly as possible.”

18 AARNIO, Aulis. *Reason and Authority*, 1997, p. 193: “This is, thus, due to the fact that one of the most important properties of a mature democracy is openness. It makes the external control of the decision-making activity possible. This

Não se ignora o sem-número de obstáculos enfrentados pelos magistrados para cumprir o dever de motivar adequadamente (número reduzido de pessoal, grande quantidade de demandas, etc.). O que importa destacar aqui é que o dever de motivar não decorre apenas de uma regra formal contida no texto constitucional (art. 93, IX) ou no NCP, ou ainda de uma exigência do direito de defesa das partes. Ele está vinculado à própria necessidade republicana de justificação das decisões do Poder Público, mais ainda quando se trate de decisões como as proferidas em sede de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade.

Na realidade, o tema da motivação das decisões jurídicas, sobretudo as judiciais, é cada vez mais relevante no Brasil por um conjunto de razões. Em primeiro lugar, a utilização intensiva pelos enunciados constitucionais e legais de princípios e conceitos abertos ou indeterminados, dentre outros mecanismos, transfere ao Judiciário contemporâneo um amplo poder na definição do que é, afinal, o direito. Sob pena de serem acusadas de puramente arbitrárias e ilegítimas em um Estado democrático de direito, as escolhas do intérprete nesse ambiente demandam justificativas¹⁹.

Por outro lado, e em segundo lugar, o processo de redemocratização do País, nos últimos vinte anos, a reorganização da sociedade civil e a liberdade de imprensa passaram a submeter o Judiciário à crítica a que estão sujeitos todos os poderes estatais. Obviamente, a necessidade de o agente público demonstrar a legitimidade de seus atos cresce à medida que haja mais controle²⁰. Essa assertiva se torna ainda mais relevante quando

holds true also as to the adjudication. The independence of the courts of justice does not mean that they are completely outside of the democratic control. The division of power guarantees the independence of the courts only in relation to the other power centres, especially to the executive power. On the other hand, the courts of justice are a part of society and of its democratic order. Also the courts must thus, in an open society, be under a societal control used by people. The only means of this control is the demand that the courts really *argue* for their decisions.”.

19 LA TORRE, Maximo. *Theories of Legal Argumentation and Concepts of Law. An Approximation*, Ratio Juris, vol. 14, n° 4, 2002, p. 382: “It is today the judge that is put forward as the new centre of the legal system, no longer the legislative power, like it or not. And in the judge’s view central importance inevitably attaches to the procedure by which the decision is arrived at. Here, the law is not enough, other criteria of choice have to be resorted to.”; e AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable*, 1991, p. 29: “Como se ha mencionado, el decisor ya no puede apoyarse en una mera autoridad formal. En una sociedad moderna, la gente exige no sólo decisiones dotadas de autoridad sino que pide razones. Esto vale también para la administración de justicia. La responsabilidad del juez se ha convertido cada vez más en la responsabilidad de justificar sus decisiones. La base para el uso del poder por parte del juez reside en la aceptabilidad de sus decisiones y no en la posición formal de poder que pueda tener. En este sentido, la responsabilidad de ofrecer justificación es, específicamente, una responsabilidad de maximizar el control público de la decisión. Así pues, la presentación de la justificación es siempre también un medio para asegurar, sobre una base racional, la existencia de la certeza jurídica en la sociedad.”

20 MAIA, Antônio Cavalcanti. *A importância da dimensão argumentativa à compreensão da práxis jurídica contemporânea*, Revista Trimestral de Direito Público n° 8, 2001, pp. 280 e 281: “Eis que a reconstitucionalização implicou nítido alargamento

se trata não apenas de decisões judiciais em geral, mas decisões que repercutem sobre a sociedade como um todo.

Essas duas consequências referidas acima dizem respeito diretamente ao dever de motivação e sua conexão com os princípios constitucionais referidos. Mas há uma terceira consequência que se extrai igualmente dos princípios republicano e democrático e que repercute de forma direta sobre o tema do contraditório. O debate em torno da legitimidade da jurisdição constitucional é vasto, e não é o caso de reproduzi-lo aqui, mas um elemento que tradicionalmente se considera relevante para a construção dessa legitimidade é justamente a existência de um procedimento do qual os interessados/potencialmente afetados podem participar, e mais: suas manifestações serão consideradas pela autoridade que tomará a decisão. O direito de participar de algum modo do processo de tomada de decisões que afetarão o indivíduo – ao menos na modalidade de “ser ouvido” – é essencial à lógica democrática.

Ora, não há nenhuma razão para imaginar que esse elemento é menos importante para a legitimidade das decisões proferidas em sede de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, muito ao revés. Por quais razões o STF, ou qualquer outra Corte, poderiam validamente, e logicamente, se negar a ouvir as razões dos setores afetados pela sociedade? Ou imaginar que eles nada teriam a contribuir para o debate? Existem, é claro, dimensões práticas a serem consideradas que não se ignora. Muitas vezes um determinado setor tem dificuldade de se articular e apresenta múltiplas manifestações em um mesmo sentido que podem tumultuar o andamento do feito: parece razoável que isso seja desestimulado. Mas entre o mar e a terra, há muitos caminhos que podem ser trilhados. Por

nas funções dos juízes e uma maior participação do Judiciário nos problemas gerais da vida brasileira. Deste modo, cabe à comunidade dos profissionais do Direito uma reflexão mais profunda acerca destas questões, tendo em vista que a ‘nova retórica’ oferece novas possibilidades de reflexões no mundo do Direito e postula uma integração maior entre a produção doutrinário-acadêmica e o cotidiano do juiz e do advogado. Ademais, nos últimos anos tem-se frequentemente sustentado uma fiscalização maior da atividade do Judiciário, cogitando-se por vezes o controle externo deste poder. Trata-se de um debate difícil, complexo e delicado. (...) Entretanto, pode-se apontar uma outra forma – diferente daquela do controle externo – de procurar garantir mecanismos de fiscalização da sociedade e da comunidade dos operadores do Direito em relação ao Judiciário. Tal se daria, basicamente, a partir de uma outra perspectiva, situada numa dimensão metodológica, através de um exame mais apurado da fundamentação das decisões, à luz de todas essas cogitações de natureza teórica abertas pela *démarche* tópica. Neste quadro atual, onde os magistrados dispõem de uma área maior ainda de liberdade do que a tradicionalmente garantida em nossa história jurídica, impõe-se uma atenção maior à questão concernente às justificativas pelas quais os juízes chegam às decisões que dirimem as lides a eles submetidas.”

meio de normas procedimentais, o Tribunal pode, com alguma facilidade, estimular uma maior organização dessas manifestações e estimular um contraditório real e mais eficiente.

IV. CONCLUSÃO

O princípio da não surpresa e do contraditório substancial e o princípio da motivação específica, hoje detalhados nos arts. 9º e 10º e art. 489 do NCPC, decorrem, a rigor, da incidência dos princípios republicano e democrático no âmbito do processo, e mais ainda quando se trata dos mecanismos de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, cujas decisões atingem toda a sociedade. Nesse sentido, a tese da natureza objetiva de tais feitos não deve servir de artifício para encobrir a realidade de que eles afetam interesses concretos e que suas decisões repercutem, direta ou indiretamente, na esfera jurídica das pessoas: de muitas pessoas. Nesse sentido, os participantes de tais processos – inclusive os *amici curiae* – devem ter oportunidade de se manifestar sobre os fatos e argumentos novos suscitados perante a Corte e também sobre eventuais fundamentos que o Ministro Relator pretenda utilizar e que não tenham sido suscitados por quem quer que seja, na linha do entendimento de que tais processos têm uma causa de pedir aberta. No mesmo passo, pouco sentido haveria em tudo isso, na garantia do contraditório e nas oportunidades de participação, se as decisões tomadas não examinarem as razões apresentadas ao longo do processo em sua motivação. Se a motivação é justamente o momento de prestação de contas republicano das decisões judiciais, é apenas natural que ela deva conter a justificativa que explica o acolhimento ou a rejeição das razões que lhe foram apresentadas.